

Aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht

Ondernemingsrecht 2022/90

Hoge Raad (Civiele kamer) 15 juli 2022, 20/01940
m.nt. mr. drs. A.C.W. Pijls & mr. drs. H.J.Th. Kolstee¹

RBP 2021/72
RvdW 2022/753
NJB 2022/1844
NJB 2021/1585
NJ 2021/199
RvdW 2021/563
ECLI:NL:PHR:2022:217
ECLI:NL:PHR:2021:154
ECLI:NL:HR:2021:750
ECLI:NL:HR:2022:1109

Abonnementsspeler van de Staatsloterij die meent te zijn misleid, wordt niet in zijn bewijslast tegemoetgekomen door het aannemen van een vermoeden van causaal verband.

Staatsloterij B.V./X

1. Feiten

Het hier te bespreken arrest is de volgende loot aan de stam van het in 2015 door de Hoge Raad bevestigde oordeel dat de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij (de 'Staatsloterij') tussen 2000 en 2007 misleidende mededelingen in de zin van art. 6:194 (oud) BW heeft gedaan over winkansen bij grotere trekkingen (het '2015-arrest').² Wij besteden enige aandacht aan het 2015-arrest voor een goed begrip van het hier te bespreken arrest.

De feitelijke constellatie die leidde tot het 2015-arrest komt neer op het volgende. Waar de gemiddelde consument mocht verwachten dat het winnende lot van grotere Staatsloterij-trekkingen werd getrokken uit het aantal *verkochte* loten, werd het winnende lot in werkelijkheid getrokken uit het totaal aantal *bestaande* (dus ook niet-verkochte) loten. De Staatsloterij verweerde zich (o.a.) met de stelling dat de winkansen hoe dan ook te minuscuul was om relevant te kunnen zijn voor de aankoopbeslissing van de gemiddelde consument, ongeacht uit welk aantal loten het winnende lot werd getrokken (voor de liefhebber: 0,00000667% (uit het aantal verkochte loten) tegenover 0,000000953% (uit het totaal aantal loten, dus inclusief de niet-verkochte loten)).

¹ Mr. drs. A.C.W. Pijls is universitair hoofddocent aan Erasmus School of Law en als adviseur verbonden aan een advocatenkantoor in Amsterdam. Mr. drs. H.J.Th. Kolstee is advocaat in Amsterdam.

² HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178.

De Staatsloterij ving uiteindelijk bot. Het hof Den Haag oordeelde dat de gemiddelde consument op basis van gevoel aan de loterij meedoet en niet op basis van een kansberekeningsexercitie.³ Aangezien het *relatieve* (gevoelsmatige) verschil tussen de door de Staatsloterij voorgespiegelde situatie en de werkelijkheid wél substantieel was (in werkelijkheid een vijf- tot zevenmaal zo kleine winkans) oordeelde het hof en bevestigde de Hoge Raad dat de onjuistheid van voldoende materieel belang was voor de aankoopbeslissing van de gemiddelde consument.

De sleuteloverweging uit het 2015-arrest luidt als volgt:⁴

“Voor misleiding in de zin van art. 6:194 (oud) BW is noodzakelijk – en tevens voldoende – dat de onjuiste of onvolledige informatie de maatman misleidt of kan misleiden en door haar misleidende karakter zijn economische gedrag kan beïnvloeden (...). [H]et hof [heeft] geoordeeld dat redelijkerwijs aannemelijk moet worden geacht dat de desbetreffende mededelingen van Staatsloterij van materieel belang waren, alsmede (...) dat een aanzienlijk deel van de consumenten zou hebben afgezien van aankoop van een staatslot, althans tegen dezelfde voorwaarden, wanneer de Staatsloterij juiste en volledige mededelingen zou hebben gedaan.” (toevoegingen en curs. auteurs)

Deze oordelen zijn volgens de Hoge Raad niet onbegrijpelijk en blijven in het 2015-arrest dus in stand.

2. Procesverloop

In de zaak die leidt tot het arrest van afgelopen juli staat een zogenoemde 'abbonementsspeler' tegenover de Staatsloterij. De abbonementsspeler doet vóór, tijdens en na de periode waarin bovenstaande misleiding is komen vast te staan voor langere (niet-aaneengesloten) periodes mee met loterijtrekkingen. De abbonementsspeler vordert zijn inleg (minus winst) terug van de Staatsloterij, waarbij hij stelde dat hij "met juiste informatie niet zou hebben meegedaan".⁵

Met verwijzing naar het 2015-arrest oordeelt het hof 's-Hertogenbosch dat het causaal verband tussen de schade en de misleiding is komen vast te staan, aangezien (i) het hof vermoedt dat "ook [de abbonementsspeler, toevoeging auteurs] behoorde tot het aanzienlijk deel van de consumenten die zouden hebben afgezien van aankoop van staatsloten in de periode 2000 tot 2008 indien Staatsloterij toen juiste en volledige mededelingen zou hebben

³ Hof Den Haag 28 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA0587, rov. 4.15.

⁴ HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178, NJ 2015/377, m.nt. S.D. Lindenbergh (Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij/Stichting Loterijverlies.nl), rov. 4.3.3. Zie ook het zeer lezenswaardige commentaar bij dit arrest van W.H. van Boom & C.M.D.S. Pavillon, 'Meer kans in de staatsloterij?', AA 2015, afl. 10, p. 784-793.

⁵ Hof 's-Hertogenbosch 7 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1199, rov. 3.8.

gedaan", en (ii) het hof vervolgens oordeelt dat onvoldoende feiten en omstandigheden zijn gesteld die tot een ontzenuwing van dit vermoeden nopen, waarbij het hof het speelgedrag van de abonentenspeler betreft vóór, tijdens en na de misleidingsperiode.⁶

De Staatsloterij gaat in cassatie, en klaagt (onder andere) dat het hof op onjuiste of onbegrijpelijke gronden uit rov. 4.3.3 van het 2015-arrest (hierboven weergegeven) een causaliteitsoordeel heeft afgeleid. Volgens de Staatsloterij houdt het misleidingsoordeel uit 2015 in dat de Staatsloterij misleidende mededelingen heeft gedaan, maar *niet* dat voor een individuele consument wordt vermoed dat die mededelingen tot de aankoop van staatsloten hebben geleid.⁷ De Hoge Raad acht deze klacht gegrond en oordeelt:⁸

"De in het onderdeel verwoorde uitleg van de uitspraak van de Hoge Raad in de collectieve actie is juist. In [rov. 4.3.3 van het 2015-arrest] heeft de Hoge Raad de klachten verworpen tegen het oordeel van het gerechtshof Den Haag dat sprake is geweest van misleidende mededelingen als bedoeld in art. 6:194 (oud) BW. De overweging behelst geen oordeel over de vraag of causaal verband – in de zin van *condicio sine qua non*-verband – bestaat of moet worden vermoed te bestaan tussen de misleidende mededelingen van Staatsloterij en de aankoop van staatsloten door individuele deelnemers. In dat verband is van belang dat de in die overweging weergegeven verwijzing (door het gerechtshof Den Haag) naar "een aanzienlijk deel van de consumenten" deel uitmaakt van de beoordeling of de onjuiste of onvolledige informatie in kwestie de maatman misleidt of kan misleiden en door haar misleidende karakter zijn economische gedrag kan beïnvloeden. Binnen dat beoordelingskader hangt het van de omstandigheden van het geval af welk percentage kan worden aangemerkt als voldoende significant ("een aanzienlijk deel") om van misleiding te kunnen spreken.

Er bestaat voorts onvoldoende grond om voor een geval als hier aan de orde, *waarin het gaat om een abonentenspeler*, een vermoeden van causaal verband te aanvaarden in de hiervoor bedoelde zin. Anders dan bij de vorm van misleiding die aan de orde was in de zaak World Online, waarop [verweerder] in deze procedure een beroep doet, kan *in geval van abonentenspelers* niet worden gezegd dat sprake is van zodanige bewijsproblematiek ter zake van het causaal verband dat de bescherming die zij aan art. 6:194 (oud) BW kunnen ontnemen met betrekking tot de misleidende mededelingen waarom het in deze procedure gaat, zonder zodanig vermoeden in de praktijk illusoir kan worden.

Voor *abonentenspelers* geldt immers dat hun speelgeschiedenis beschikbaar is en – zoals ook in dit geval is gebeurd – op verzoek ter beschikking wordt gesteld.

Gelet op hetgeen hiervoor (...) is overwogen, heeft het hof, door uit te gaan van het vermoeden dat [verweerder] behoorde tot het aanzienlijk deel van de consumenten dat zou hebben afgezien van aankoop van staatsloten in de periode 2000-2008 indien Staatsloterij toen juiste en volledige mededelingen zou hebben gedaan, zonder daarbij de stellingen van partijen over het uit de speelgeschiedenis blijkende speelgedrag van [verweerder] te betrekken, ofwel blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, ofwel zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd." (curs. en toevoeging auteurs)

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof 's-Hertogenbosch en verwijst de zaak naar het hof Arnhem-Leeuwarden.

3. Commentaar

3.1 Noemenswaardig is ten eerste rov. 3.1.2. De Hoge Raad oordeelt dat in de vaststelling dat de mededelingen van de Staatsloterij misleidend waren, niet besloten ligt dat de *individuele* consument daardoor loten heeft gekocht. Wij begrijpen het arrest van de Hoge Raad aldus, dat het misleidingsoordeel niet ruimer mag worden opgevat dan dat de mate van onjuistheid van de informatie zodanig was dat de *gemiddelde* consument daardoor op het verkeerde been gezet kan worden, en dat voor de aansprakelijkheid van de Staatsloterij jegens een *individuele* consument tevens is vereist dat die *individuele* consument op basis van de misleidende mededelingen van de Staatsloterij tot aankoop van staatsloten is overgegaan. Een andere manier om hiernaar te kijken is dat bij het beantwoorden van de vraag of een bepaalde mededeling misleidend is (dus bij het beantwoorden van de onrechtmatigheidsvraag) het gedrag van de *openbaarmaker* van de mededeling wordt getoetst, terwijl bij het beantwoorden van de vraag of voor een individuele consument is voldaan aan het causaal verband (in de zin van het *condicio-sine-qua-non*-verband),⁹ het gedrag van die *individuele consument* wordt getoetst.

3.2 Het hof 's-Hertogenbosch lijkt zich in deze zaak te hebben laten (mis)leiden door de overweging van het hof Den Haag (in het appelarrest dat aan het 2015-arrest van de Hoge Raad voorafging) dat het oordeel dat "redelijkerwijs aannemelijk moet worden geacht dat de desbetreffende mededelingen van Staatsloterij van materieel belang waren" betekent "dat een aanzienlijk deel van de consumenten zou hebben afgezien van aankoop van een

6 Hof 's-Hertogenbosch 7 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1199, rov. 3.10-3.11.

7 HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1109, rov. 3.1.1.

8 HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1109, rov. 3.1.2-3.1.3.

9 In het hiernavolgende wordt met 'causaal verband' steeds bedoeld het *condicio-sine-qua-non*-verband en niet het toerekeningsverband ex art. 6:98 BW.

staatslot, althans tegen dezelfde voorwaarden, wanneer Staatsloterij juiste en volledige mededelingen zou hebben gedaan".¹⁰ Strikt genomen staat in deze overweging van het hof Den Haag (die de Hoge Raad in zijn 2015-arrest in stand heeft gelaten)¹¹ dat als voor een bepaalde mededeling is vastgesteld dat (i) zij de *maatman* misleidt of kan misleiden en door haar misleidende karakter zijn economische gedrag kan beïnvloeden, dit betekent dat (ii) (de koopbeslissing van) een aanzienlijk deel van de consumenten door die mededeling is beïnvloed, en dus voor een aanzienlijk deel van de consumenten (op individueel niveau) aan het causaal verband is voldaan. Volgens ons impliceert het eerste niet noodzakelijkerwijs het tweede. Als een bepaalde mededeling in rechte als misleidend is aangemerkt (de gestelde onjuistheid en/of onvolledigheid voldoet met andere woorden op het niveau van de abstracte, fictieve *maatman*-consument aan het vereiste van 'materieel belang'), is het namelijk nog maar de vraag of een aanzienlijk deel van de consumenten tot wie de mededeling was gericht zich daadwerkelijk door die mededeling heeft laten misleiden. Hierbij past wel meteen de kanttekening dat, naarmate het misleidende karakter van de mededeling toeneemt (het predicaat 'misleidend' kent verschillende gradaties: een beetje misleidend, gewoon misleidend, behoorlijk misleidend, in ernstige mate misleidend, etc.), het aantal consumenten dat door die mededeling zal worden misleid naar verwachting eveneens toeneemt.

3.3 Wat in dit arrest overigens een beetje onder de oppervlakte blijft, maar wat volgens ons in misleidingszaken van groot belang is, is dat voor het beantwoorden van de vraag of voor een individuele consument sprake is van causaal verband tussen (het doen van) de misleidende mededeling en de beweerdelijke koopbeslissing (de zogenoemde 'transactiecausaliteit'),¹² twee deelvragen moeten worden beantwoord:¹³

1. Heeft de consument voorafgaand aan zijn aankoop (direct of indirect) van de misleidende mededeling kennisgenomen? Als deze vraag bevestigend wordt beantwoord, is vervolgens de vraag:
2. Is zijn koopbeslissing daadwerkelijk door de misleidende mededeling beïnvloed? Zou hij met andere

woorden bij afwezigheid van de misleiding hebben besloten het desbetreffende product *niet* te kopen, of althans *niet tegen dezelfde voorwaarden*?

In contractuele "face-to-face"-verhoudingen speelt deelvraag 1 meestal geen rol. Dat de partij die beweerdelijk door zijn contractuele wederpartij op het verkeerde been is gezet de litigieuze informatie heeft ontvangen en tot zich heeft genomen, ligt in de meeste contractuele geschillen immers zozeer voor de hand dat het doorgaans geen geschilpunt is. Bij (reclame)mededelingen gericht aan het publiek, zoals die van de Staatsloterij, is deelvraag 1 echter des te relevanter en hierover zou dus wel partijdebat kunnen plaatsvinden. Wij begrijpen niet zo goed waarom in deze zaak het accent erg op deelvraag 2 ligt. Het zicht op deelvraag 1 lijkt hierdoor te worden ontnomen.¹⁴

3.4 Een ander interessant aspect van rov. 3.1.2 is dat de Hoge Raad aan het slot van die overweging een opening lijkt te bieden voor het op een andere manier toetsen van beweerdelijk misleidende mededelingen in feitelijke instanties. Met verwijzing naar jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU overweegt hij daar namelijk dat het binnen het beoordelingskader van de vraag of een mededeling als misleidend kan worden aangemerkt "van de omstandigheden van het geval af[hangt] welk percentage kan worden aangemerkt als voldoende significant ('een aanzienlijk deel') om van misleiding te kunnen spreken" (toevoeging auteurs). Deze formulering lijkt een opening te bieden om het misleidingsoordeel in feitelijke instanties niet alleen te baseren op de vermoedelijke verwachting van de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument tot wie de mededeling is gericht of die zij bereikt¹⁵ (en de eigenschappen en capaciteiten die de rechter – op grond van het partijdebat – aan deze maatman-consument toekent), maar tevens op de uitkomsten van een empirisch en/of psychologisch onderzoek naar de vraag hoeveel consumenten daadwerkelijk door de litigieuze mededeling zijn misleid. In tegenstelling tot sommige andere landen is het uitvoeren van een dergelijk onderzoek bij het beantwoorden van de mislei-

10 Zie Hof 's-Hertogenbosch 7 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1199, rov. 3.9-3.12 respectievelijk Hof Den Haag 28 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA0587, rov. 4.19.

11 HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178, NJ 2015/377, m.nt. S.D. Lindenbergh (Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij/Stichting Loterijverlies.nl), rov. 4.3.3.

12 De term van 'transactiecausaliteit' is in de Nederlandse literatuur gemunt door De Jong, zie B.J. de Jong, *Schade door misleiding op de effectenmarkt (Serie Van der Heijden Instituut nr. 103)* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010, § 2.5.3 sub b.

13 Zie in deze zin reeds A.C.W. Pijls & W.H. van Boom, 'Handhaving prospectusaansprakelijkheid niet illusoir: vermoeden van causaal verband bij prospectusaansprakelijkheid', *WPNR* 2010, afl. 6834, p. 195. Zie over het bewijs van 'transactiecausaliteit' bij aansprakelijkheid voor misleidende beursberichtgeving uitgebreid A.C.W. Pijls, *Misleidende beursberichten. Kwesties van causaal verband en schade (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 124)* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2022, § 9.3.

14 Zie over de relevantie van het in de hoofdtekst genoemde onderscheid tussen de twee deelvragen ook Hof Den Haag 26 oktober 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2630 (*X/Staatsloterij B.V.*), rov. 6.11 en Hof Den Haag 26 oktober 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2631 (*Y/Staatsloterij B.V.*), rov. 6.11. Zie over dat onderscheid ook punt 3.51 van de conclusie van A-G T. Hartlief, ECLI:NL:PHR:2019:244 bij het 81 RO-arrest HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:444 (*Maderas Mejoradas Industrial S.A. en Mikas B.V./BPD Ontwikkeling B.V.*).

15 Zie over deze fictieve maatman-consument onder meer de volgende rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU: HvJ EU 16 juli 1998, ECLI:EU:C:1998:369 (*Gut Springenheide*); HvJ EU 19 september 2006, ECLI:EU:C:2006:585 (*Lidl Belgium*) en HvJ EU 18 november 2010, ECLI:EU:C:2010:696 (*Lidl SNC/Vierzon*). Zie over de fictieve maatman afkomstig uit het EU-recht in de Nederlandse literatuur onder meer D.W.F. Verkade, *Ooneerlijke handelspraktijken jegens consumenten (Monografieën BW nr. B49a)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, § 29 e.v. en D.W.F. Verkade, *Misleidende (B2B) reclame en vergelijkende reclame (Monografieën BW nr. B49b)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, § 2.33-§ 2.44.

dingsvraag in ons land niet gebruikelijk. Het iets meer empirisch benaderen van de misleidingsvraag in feitelijke instanties en het antwoord op die vraag niet louter laten afhangen van de eigenschappen die de rechter de fictieve maatman-consument toedicht, zou een ontwikkeling zijn die wij in ieder geval van harte toejuichen: het bevordert de waarheidsvinding – een belangrijk beginsel van civiele procedures¹⁶ – en bevordert onzes inziens de overtuigingskracht van abstracte, algemeen geformuleerde rechterlijke oordelen (zoals oordelen die 'de' maatman aangaan).

3.5 In rov. 3.1.3 oordeelt de Hoge Raad dat abonentsspelers niet in algemene zin in hun bewijslast worden tegemoetgekomen en dat voor hen dus niet een algemeen (jurisprudentieel) vermoeden van causaal verband geldt. Anders dan voor beleggers die in het kader van een beursgang aandelen kopen waarbij gebruik wordt gemaakt van een misleidend prospectus, geldt voor abonentsspelers van de Staatsloterij namelijk niet dat bij het causaal verband sprake is van zodanige bewijsproblematiek dat de bescherming die zij aan art. 6:194 (oud) BW kunnen ontlenuen zonder zo'n vermoeden illusoir wordt, aldus de Hoge Raad. Het beroep dat de abonentsspeler in deze procedure deed op het vermoeden van causaal verband zoals de Hoge Raad dat in het World Online-arrest¹⁷ heeft aanvaard voor prospectusaansprakelijkheid (hierna aangeduid met het 'World Online-vermoeden'), wordt daarmee afgewezen.¹⁸ Wat ons hier opvalt, is dat de Hoge Raad het beroep van de abonentsspeler op het World Online-vermoeden *niet* afdoet met de overweging dat dit vermoeden in dit geval niet van toepassing is, omdat hier niet het leerstuk van prospectusaansprakelijkheid aan de orde is. Het op een dergelijke manier 'wegschrijven' van het World Online-vermoeden had wat ons betreft voor de hand gelegen, aangezien de desbetreffende overwegingen uit het World Online-arrest volledig in de sleutel staan van art. 6 lid 2 van de oude Prospectusrichtlijn¹⁹ (thans art. 11 lid 2 Prospectusverordening)²⁰ en de effectieve rechtsbescherming die beleggers op grond van die bepaling – in het nationale recht – moet worden geboden tegen misleidende mededelingen in het prospectus.²¹ Door het beroep op het World Online-vermoeden niet aldus af te doen (waarmee het toepassingsbereik daarvan dus zou worden beperkt tot specifiek het leerstuk van prospectusaansprakelijkheid of wellicht iets breder tot gevallen waarbij de desbetreffende aansprakelijkheid een expliciete grondslag heeft in het EU-recht), laat de Hoge

Raad de mogelijkheid open dat voor niet-abonentsspelers die door de Staatsloterij beweerdelijk zijn misleid *wel* een vermoeden van causaal verband geldt. Voor de meeste niet-abonentsspelers lijkt namelijk wel degelijk sprake te zijn van bewijsnood. Wellicht dat een enkele speler zijn speelgeschiedenis nog kan achterhalen aan de hand van oude bankafschriften of fysieke loten die hij bewaard heeft, en langs die weg aannemelijk kan maken dat zijn koopbeslissing daadwerkelijk is gebaseerd op de misleidende mededelingen van de Staatsloterij (waarbij moet worden aangetekend dat de speelgeschiedenis van een speler slechts *indirect* bewijs kan opleveren voor de stelling dat hij bij zijn aankoop is misleid). Dit lijkt ons echter niet een veelvoorkomend geval. Maar als de meeste niet-abonentsspelers hun speelgeschiedenis inderdaad niet meer kunnen achterhalen, hoe kunnen zij dan voldoende concreet onderbouwen, laat staan bewijzen, dat zij daadwerkelijk zijn misleid? In theorie zou een speler zijn stelling nog kunnen onderbouwen aan de hand van dagboek aantekeningen, e-mail-, Whatsapp- of sms-berichten of misschien zelfs getuigenverhoren, maar in de praktijk zien wij daar weinig van terecht komen. Wij weten niet of op dit moment nog veel procedures van niet-abonentsspelers tegen de Staatsloterij in de pijplijn zitten, maar gegeven het feit dat de Hoge Raad zijn overwegingen over het (niet van toepassing zijn van een) vermoeden van causaal verband toespit op de abonentsspelers, lijken vorderingen tot schadevergoeding van niet-abonentsspelers niet bij voorbaat kansloos te zijn, althans niet op het punt van het bewijs van causaal verband.²²

3.6 Door het beroep op het World Online-vermoeden in dit arrest *niet* af te doen met de overweging dat art. 6 lid 2 van de oude Prospectusrichtlijn (thans art. 11 lid 2 Prospectusverordening) in dit geval niet aan de orde is, laat de Hoge Raad ook de mogelijkheid open dat bij aansprakelijkheid op grond van art. 6:194 jo. 6:195 lid 2 (oud) BW steeds (dus ook buiten de gevallen van prospectusaansprakelijkheid en niet-abonentsspelers van de Staatsloterij) een vermoeden van causaal verband kan worden aangenomen als consumenten die beweerdelijk zijn misleid in bewijsnood verkeren. Bewijsnood die er dus voor zorgt dat de bescherming die zij aan de oude regeling misleidende reclame (art. 6:194-6:196 (oud) BW) kunnen ontlenuen illusoir wordt. Vanuit de gedachte dat ook de oude regeling misleidende reclame en de oude Richtlijn

16 Zie hierover uit velen: R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid (BPP nr. XI) 2011/2.6.*

17 HR 27 november 2009, NJ 2014/201, m.nt. C.E. du Perron; JOR 2010/43, m.nt. K. Frielink (*VEB e.a./World Online e.a.*), rov. 4.11.3.

18 Zie over het World Online-arrest uitgebreid Pijls 2022, § 5.4.4.4 en specifiek over het World Online-vermoeden uitgebreid Pijls 2022, § 9.3.3.2.

19 Richtlijn 2003/71/EG (*PbEU 2003*, L 345/64).

20 Verordening (EU) 2017/1129 (*PbEU 2017*, L 168/12).

21 Zie voor een analyse van het toepassingsbereik van het World Online-vermoeden Pijls 2022, § 5.4.5 en § 9.3.3.2 *sub d.*

22 Wij vermoeden dat het aantal procedures van niet-abonentsspelers tegen de Staatsloterij wel zal meevallen. In de eerste plaats zullen de vorderingen tot schadevergoeding van vele spelers zijn verjaard en daarnaast zal voor veel niet-abonentsspelers gelden dat de kosten tot het voeren van een procedure niet opwegen tegen de verwachte baten. Zie in deze zin ook reeds Pavillon & Tigelaar in § 15 van hun noot in TvC 2020, afl. 3 bij het arrest van het hof 's-Hertogenbosch. Wel moet hierbij natuurlijk meteen de kanttekening worden geplaatst dat die kosten-batenafweging anders kan uitvallen, als de niet-abonentsspeler over een rechtsbijstandverzekering beschikt.

misleidende reclame²³ de strekking hadden consumenten te beschermen, is voor zo'n jurisprudentieel vermoeden van causaal verband zeker iets te zeggen.²⁴ Zo'n vermoeden zou ook zeker bijdragen aan de doeltreffendheid en effectiviteit van de oude Richtlijn misleidende reclame.²⁵ Het bij aansprakelijkheid op grond van art. 6:194 (oud) BW aannemen van een algemeen (jurisprudentieel) vermoeden van causaal verband is volgens ons echter geen Europeesrechtelijke verplichting.²⁶ In de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU over de oude Richtlijn misleidende reclame zien wij althans geen aanknopingspunten voor de gedachte dat de Europese wetgever met deze Richtlijn zo vergaand in het aansprakelijkheidsrecht van de lidstaten zou hebben willen ingrijpen. De lidstaten ertoe verplichten een algemeen vermoeden van causaal verband aan te nemen bij aansprakelijkheid wegens het doen van misleidende reclamemededelingen, zou naar ons oordeel dan ook een te vergaande inbreuk zijn op de autonomie van de lidstaten ten aanzien van hun nationale aansprakelijkheidsrecht *voor zover het betreft* de oude Richtlijn misleidende reclame.

3.7 Een interessante vervolgvraag is natuurlijk of in geval van bewijsnood een vermoeden van causaal verband moet worden aangenomen als de aansprakelijkheid van de handelaar die misleidende informatie heeft verstrekt aan een consument is gebaseerd op de regeling oneerlijke handelspraktijken ('regeling OHP', art. 6:193a e.v. BW).²⁷ Hierbij tekenen wij aan dat indien de Staatsloterijzaak in het huidige tijdsgewricht zou hebben gespeeld, de aansprakelijkheid van de Staatsloterij jegens de consument door deze regeling zou worden beheerst. Een belangrijk verschil tussen enerzijds de oude Richtlijn misleidende reclame en anderzijds de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken ('Richtlijn OHP')²⁸ is dat de Richtlijn OHP sinds haar wijziging eind 2019 in art. 11 bis lid 1 een expliciete

grondslag bevat voor civielrechtelijke aansprakelijkheid van de handelaar jegens de consument:

“consumenten die door oneerlijke handelspraktijken schade hebben geleden, *krijgen toegang tot evenredige en doeltreffende remedies, waaronder vergoeding voor de door hen geleden schade* en, indien relevant, een prijsvermindering of de beëindiging van de overeenkomst. De lidstaten mogen de toepassingsvoorwaarden en de rechtsgevolgen van deze remedies bepalen. De lidstaten kunnen in voorkomend geval rekening houden met de ernst en aard van de oneerlijke handelspraktijk, de door de consument geleden schade en andere relevante omstandigheden.” (curs. auteurs)

Deze door het EU-recht beheerste aansprakelijkheid moet in de nationale rechtsorde uiteraard effectief zijn en de daaraan gekoppelde remedies/sancties moeten onder meer "doeltreffend" (zie art. 11 bis lid 1 en art. 13 lid 1 Richtlijn OHP) en "afschrikkend" zijn (zie art. 13 lid 1 Richtlijn OHP). Of deze door het EU-recht geëiste effectiviteit zo ver gaat dat zij in de nationale rechtsorde noopt tot het aannemen van een algemeen (jurisprudentieel) vermoeden van causaal verband, is een vraag die uiteindelijk door het Hof van Justitie van de EU zal moeten worden beantwoord. In het kader van deze annotatie zouden wij daarover in ieder geval willen opmerken dat er eerder aanleiding is op grond van het Europese effectiviteitsbeginsel een vermoeden van causaal verband aan te nemen wanneer de aansprakelijkheid van de handelaar die misleidende informatie heeft verstrekt is gebaseerd op de regeling OHP, dan wanneer die is gebaseerd op de regeling misleidende reclame. Hierbij moet wel meteen de kanttekening worden geplaatst dat de remedies/sancties die aan de door het EU-recht beheerste aansprakelijkheid van de handelaar op grond van de regeling OHP zijn verbonden naast "doeltreffend" en "afschrikkend" ook "evenredig" (zie art. 11 bis lid 1 en art. 13 lid 1 Richtlijn OHP) moeten zijn. Daarnaast is in art. 11 bis lid 1 Richtlijn OHP bepaald dat "[d]e lidstaten de toepassingsvoorwaarden en de rechtsgevolgen van deze remedies [mogen] bepalen" (toevoegingen auteurs) en is het vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU dat de lidstaten beschikken over een zekere "beoordelingsmarge" bij het in de nationale rechtsorde treffen van passende en doeltreffende middelen ter bestrijding van oneerlijke handelspraktijken.²⁹ Dat zijn argumenten waarmee de gedachte dat op grond van het Europese effectiviteitsbeginsel een vermoeden van causaal verband zou *moeten* worden aangenomen, aanzienlijk wordt genuanceerd.

23 Richtlijn 84/450/EEG (*PbEG* 1984, L 250/17). Deze Richtlijn is in 2006 vervangen door Richtlijn 2006/114/EG (*PbEU* 2006, L 376/21).

24 Zie over de doelstelling van (onder meer) consumentenbescherming van de oude Richtlijn misleidende reclame art. 1 van deze Richtlijn en verschillende overwegingen in de considerans van deze Richtlijn.

25 Zie in dit verband art. 4 lid 1, aanhef, van de oude Richtlijn misleidende reclame: "De Lid-Staten dragen zorg voor passende en doeltreffende middelen ter bestrijding van misleidende reclame in het belang van zowel consumenten als concurrenten en het publiek in het algemeen (...)."

26 Overigens wijzen wij erop dat bij het beantwoorden van de vraag of een richtlijnconforme interpretatie van art. 150 Rv verplicht tot het aannemen van een vermoeden van causaal verband niet alleen moet worden gekeken naar de remedie schadevergoeding bij aansprakelijkheid op grond van art. 6:194 jo. 6:195 lid 2 (oud) BW, maar dat het geheel aan publiekrechtelijke en privaatrechtelijke maatregelen en sancties die kunnen worden toegepast ter bestrijding van misleidende reclame in de beschouwing moet worden betrokken. Zie over deze kwestie reeds Pavillon & Tigelaar in § 11 van hun noot in *TvC* 2020, afl. 3 bij het arrest van het hof 's-Hertogenbosch.

27 In de hoofdtekst spreken wij bewust in de terminologie van de regeling OHP ("de handelaar die misleidende informatie heeft verstrekt", zie art. 6:193c lid 1 BW) en niet in de terminologie van de regeling misleidende reclame.

28 Richtlijn 2005/29/EG (*PbEU* 2005, L 149/22), zoals gewijzigd door Richtlijn (EU) 2019/2161 (*PbEU* 2019, L 328/7).

29 Zie onder meer de arresten HvJ EU 17 januari 2013, ECLI:EU:C:2013:14 (*Köck/Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb*), rov. 44 e.v.; HvJ EU 16 april 2015, ECLI:EU:C:2015:225 (*Hatosag/UPC Magyarorszag*), rov. 57-58; HvJ EU 19 september 2018, ECLI:EU:C:2018:735, *NJ* 2019/198, m.nt. D.W.F. Verkade (*Bankia/Merino*), rov. 31.

3.8 Onze afdronk van het tweede Staatsloterij-arrest van de Hoge Raad is dat abonnementsspelers een behoorlijke 'uphill battle' moeten voeren om voor schadevergoeding van de Staatsloterij in aanmerking te komen. Voor de niet-abonnementsspelers lijkt het speelveld echter nog open te liggen.

Mr. drs. A.C.W. Pijls & mr. drs. H.J.Th. Kolstee